

「憲法と私法」二題 ——営業の自由，私人間効力再訪

棟 居 快 行

はじめに

本稿は独立した二つの論稿を含む。前半は，国家からの自由としての営業の自由一般の問題を，とりわけ反独占を唱える樋口理論，および人格権的に営業の自由を把握した薬事法判決を批判的に扱うことで解明しようとする。後半は，法段階説的な構成から私人間効力論を再構成し，間接適用説をそのような観点から見れば理論的に論証（説明）しようと主張する。いずれも「憲法と私法」の関係が二つの教科書的論点においてどのように露出するかを示す実験的な思考の例として，ここに掲載させていただいた。

一 営業の自由・再訪

1 問題の所在

営業の自由（憲法22条1項の表現によれば「職業選択の自由」）についての憲法解釈上の論点は，主に以下の2点である。

第一は，薬事法判決において営業の自由がいかなるものとして把握され，営業規制立法の司法審査がいかなるべきであるとされたのか，という判例分析である¹。

第二は，樋口陽一教授が経済史学の岡田与好説を憲法解釈論に導入した

「公序としての営業の自由論」(以下「樋口理論」と呼ぶ)である²。本稿は、主にこの第二の論点を取り上げることとする。

- 1 本稿は規制二分論の盛衰に触れる余裕はないが(なお近時の同論についてのコンパクトな分析として、参照、松本哲治『経済的自由』宍戸・林編『総点検 日本国憲法の70年』(岩波書店、2018年)159頁以下、高橋和之『立憲主義と日本国憲法第3版』(有斐閣、2013年)246頁以下)、その妥当性については、筆者はすでに規制目的と規制手段との結び付け方に必然性がない(なぜ消極規制目的の場合にはLRA基準となるのかの説明がない、積極規制もなぜ明白の原則かの説明を欠く)といった指摘に加えて、積極規制の場合には規制目的と規制手段が一体として競争排除それ自体を目的とする立法目的となっている(それゆえ積極規制の場合には目的審査と手段審査をそもそも分離できず一体として合憲とする他ない)ことを指摘したことがある(拙著『人権論の新構成』(信山社、1992年)236頁)。このように、積極規制の規制手段自体を立法者意思そのものと捉えることにより、社会国家原理の下で正面から再分配的な立法者意思に司法権はノーと言う権限を有していないと考えれば、「明白の原則」を素直に説明することができる。

なお、規制二分論の説明としてよく引用される長谷部恭男『憲法〔第6版〕』(新世社、2014年)248頁以下は、消極規制の場合には立法者による積極規制の意図が隠されていることがあり、それゆえLRA基準で厳格審査をし、違憲判決によって立法過程に差し戻す必要があるという趣旨のことを述べている。しかし、消極規制の手段審査基準であるLRA基準をこうした「動機づけ審査」として捉え得るかは疑問である。違憲判決が下されたからといって、立法者が業界保護などの積極規制目的を表に出して妥協をめざすことには必ずしも結びつかず(あえて消極規制を装った立法に違憲判決が下されたからといって、こういう本音の仕切り直しがなされるかは別論である)、単に消極規制として許される「より制約的でない他の手段」に改変して合憲的な消極規制の外観を貫く(この場合にも既得権はある程度は守られる)だけの可能性が高いから、同説の想定は不自然である。さらに同説が、消極規制に対する厳格審査を立法過程の透明化をめざす司法政策として把握しているとすれば、それは消極規制という国民の安全確保の立法目的の場合にかぎって厳格審査をすることが許されるという、規制二分論の司法消極主義的なスタンスと整合しない。立法過程の透明化という政治的意思形成の内奥のあり方に司法がメスを入れるのは、司法審査権のノリを超える振る舞いと言わざるを得ないであろう(少なくとも最高裁にそのような傲岸さがあるとは思われない)。

- 2 樋口陽一『憲法 第三版』(創文社、2007年)250頁。なお、解釈論としての樋口説の主張内容は必ずしも明らかではないが、反独占として営業の自由を捉え、そこからさまざまな解釈的帰結を引き出そうとするものとして、以下「樋口理論」の呼称を用いることとする。なお樋口陽一『抑止力としての憲法』(岩波書店、2017年)

第一の論点についていえば，薬事法判決（後掲）における開業の自由の人格権的構成（ないし言い回し）が注目される³。ここだけを見れば，営業の自由は，資本主義が文字通り高度化した現代社会にあってもなお，物に所有の意思と労働を加えることで個人の人格が物理的・空間的に拡張されるという意味での，ヘーゲルの・初期資本主義的な所有権概念の延長上にあることになりそうである。

もとより産業や経済社会は飛躍的に高度化・組織化されたことから，物に向かう所有の自由意思は，むしろ権利能力・行為能力（およびそれを国家資格制度の要件下に置いた特殊な職業にあっては薬剤師などの資格免許）を行使して展開される経済活動への自由意思という機能的等価物によって置き換えられる（人格の自由な発展の基礎条件の所有から職業への変位）。そこで薬事法判決による営業の自由の人格権的側面への着目は，精神的自由権の基礎条件を自ら調達するとともに経済社会それ自体への参加を通じて「自己実現」するという，現代における自由な個人の有り様に対応したものとして（そのように解するかぎりにおいて），高く評価すべきであることはいうまでもない。

このような営業の自由の今日的＝人格権的意義にかんがみると，右の第

「はじめに」でも，「個人の社会的権力からの自由が正面から問題意識の対象とされなければならない」ことが再確認されている（vi頁）。

- 3 参照，石川健治「薬局開設の距離制限」長谷部・石川・宍戸編『憲法判例百選 I』（有斐閣，2013年）205頁以下。なお，同論は薬事法判決の人格権的構成の箇所につき，職業選択の自由を「個人の人格的自己決定」に委ねるものとして高く評価しながら，営業の自由を丸ごと人格権的に再構成すべきであると説くわけではなく，同箇所を22条1項の「保護範囲」を同判決が述べたものとしていわば司法審査の技術論として捉えている。審査基準のハードル（「審査密度」）を上げる工夫が人格権的構成であったのか，それとも多くの評釈がそう理解してきたように消極目的規制という規制二分論の類型論であったのかは（こちらはこちらで消費者の生命健康と釣り合う価値として営業者側の人格権的価値を暗黙にせよ前提したからそのLRA基準であった），同判決が狭義の比例原則を厳格に適用して違憲判決を導いたという結果にとってはさしたる差異はない。

二の論点で触れた樋口理論はどのように位置付けられることになるであろうか。営業の自由の人格権的構成が、ハーバーマス用語を借りれば、いわば「生活世界」の必需品として営業の自由を位置付けるものであるのに対して、樋口理論は経済社会システムの有り様に直接切り込んでゆくすぐれてシステムコントロール的な自由権として営業の自由を位置付けている。

この両者は、真っ向から対立する異物なのであろうか。本稿では、右の第二の論点で登場した樋口理論をまず検討し、ついで第一の論点である薬事法判決における人格権的構成（と学説によって解されてきたもの）に触れ、一面において両者が近似した実相を有していること、この種の人格権的構成が樋口理論に吸収される考え方であることを指摘し、さいごに営業の自由を本来の人格権的性格のものへとリフォームすることを目指すこととする。

2 「公序」としての営業の自由・再訪

(1) 樋口理論による営業の自由の捉え方

樋口理論は、営業の自由は「自由」という名称とは裏腹に、近代革命後に上から封建的社会経済秩序を破壊し個人をそれから解放するために「上からの自由」として押しつけられた「公序」であり、反独占をその本質とする、という基本認識に立つ。このような認識から具体的にどのような解釈論が直接に導かれるのかは、必ずしも明らかではなく、さらにこの認識と解釈との関連づけの不明確さは存在と当為の区別のゆえであるのか、それとも解釈論の理論的基礎づけへの無関心という学界共通の習性ゆえであるのかも明かされることはない。

ともあれ解釈論的には、樋口理論を背景とすることにより、営業の自由に対する高権的介入を正当化しやすくなることは疑いない。また同理論は、緩やかな審査基準を容易にもたらす解釈論的帰結において、二重の基準論という学問的公理と結果においてよく合致することで、「上からの自由」

という説明の異質さにもかかわらず、通説的解釈学説の一角に座を占めることに成功した。

他方で同理論は、公権力と対峙する孤立した「強い個人」を人権享有主体であるばかりか国民主権の担い手としても前提とし、個人を取り込み事実上支配する中間団体を徹底的に排除する樋口教授の人権論全体に、範型を提供している⁴。営業の自由における樋口理論は、個人が社会関係の形成を通じて中間団体を構成し、あるいは中間団体と法的紐帯を結ぶことに対して、それらを高権的に規制することを営業の自由の意義であると捉える。

素朴な通念からすれば、営業の自由は個人が組織化された企業活動を通じて、法的には法人格を利用することによって、はじめて持続可能なものとなる。しかしながら、樋口理論からすれば、まさにこのような個人の組織化は、中間団体における個人の埋没と抑圧を招くのであるから、断続的に「上から」の介入によって禁止されなければならない。放っておけば他人と事実上ならびに法的関係を結んで、経済的あるいは社会的な諸関係に絡め取られてしまう個人、要するに容易に他者と「つるんで」しまう個人を、無理矢理にでも単体の地位にとどめること、そのために法的規制をいとわないこと。これらが営業の自由の内実ということになるのである。

(2) 樋口理論への素朴な疑問

こうした特異な「営業の自由」の捉え方は、そもそも近代立憲主義的な人権保障として可能なのか。同論の「営業の自由」は「国家からの自由」ですらなく、「国家による自由」である。同論においては自由権の対抗概念は公権力ではなく、独占的紐帯で個人を縛る社会的権力である。このよ

4 「強い個人」論の批判として参照、拙稿「具体的人間像を求めて」松井・長谷部・渡辺編『阪本昌成先生古稀記念論文集 自由の法理』（成文堂、2015年）121頁以下。

うな自由権の把握は、精神的自由権においてはいうまでもなく強く忌避される。「国家の保護義務」といった包括的な名称で「国家による自由」が表現の自由などに入り込むことへの警戒は、実際上の公権力の過剰な介入への懸念を招きうる点でも当然であるばかりでない。そもそも憲法上の自由権保障は、おしなべて自然権にその出自を持つわけであるが、そのことを自覚しつつける上でも、「国家からの自由」にしがみつくとすることは重要な姿勢である。

さらに、第一次的に対私人であるような権利というのは、私権はみなそうであるが、このように私人を名宛人とする権利がはたして自由権という公権として構成可能なのか。労働基本権には自由権的側面があり、そのかぎりでは全方位で对国家にも対企業にも通用力を有するが、対国家の関係における労働基本権は、国家が契約自由や独占禁止を振りかざして労働者の団結権を弾圧しないことの保障として現れる。国家が営業の自由の実現を標榜しつつ、私人間の経済的支配従属関係その他独占的な紐帯に介入するという図式は、自由権として（そればかりか人権全体として）およそ例を見ない。

第一次的に対私人の人権というわけではないが、平等原則の帰結である差別禁止は、私人間においても对国家と同様に妥当すると解する余地はある。すなわち、憲法14条1項後段の人種・信条・性別・社会的身分・門地といった列挙事由についての差別の原則的禁止を意味するなどといった解釈をとれば（対国家の14条1項後段特別意味説の私人間直接適用への拡大バージョン）、人権の実現を掲げて私人間に高権的介入がなされることになる。この意味で、樋口理論の営業の自由にもっとも近いのは、私人間に14条1項後段を直接適用するといった、特殊な解釈を施された場合の平等原則くらいということになろう。

このように人権論全体を望観した場合に、同論における「営業の自由」の理解は他の人権論では類例を見ない、きわめて特殊なそれである。それ

は、法学的に「誰の誰に対するどのような請求権なのか。」という観点から、法的権利ないしそもそも法規範として構成することが可能かのかも疑わしい。同論における「営業の自由」の特異性およびそれに伴う問題点をまとめると、次のとおりである。

第一に、それは「自由権」を標榜しながら、対国家の関係では、むしろ国家の積極的作為を請求するところの介入請求権である（介入請求権としての営業の自由）。生存権のように、単に個人が国家に対して作為請求権を（その具体性についてはさておき）有するという二極構造でなく、私人A－B間でAの自由の実効的保障のためにBのAに対する事実上の支配力を国家が抑止する、という三極構造での介入請求権である。

その意味で樋口理論の営業の自由は、個人の自由や安全を脅かす第三者私人による侵害行為に対して、個人が国家に求める保護請求権であり、国家の保護義務論の営業の自由の領域における全面化と位置づけることができよう。しかしながら、自由一般や安全の領域において国家の保護義務、換言すれば個人から国家に対する介入請求権を認めるというのであれば、営業の自由もその一適用事例というだけのことであり、ことさらに営業の自由のみについて特異な主張をする樋口理論の存在理由はないことになる。

もちろん樋口理論は、近代市民革命が初期独占に対するアンチテーゼの性格を有したことを、同理論の歴史的な正当化根拠として援用する。そのかぎりでは同理論は、経済的自由に限定された立論のようにも見える。しかしながら、そのような歴史的背景を援用する以上、むしろ営業の自由に限らず、およそ封建的ないし絶対王政的国制の下で公権力のみならず社会構造そのものにより抑圧されていた自由権一般についても（とりわけ精神的自由。信教の自由や表現の自由・学問の自由は教会の宗教的支配からの解放の面を持った）、黙示的には反・社会的権力という属性を当初から与えられていたことを認めざるをえないはずであろう。

第二に、それは対国家に向けた「国家からの自由」ではなく、対社会に

向けた「国家による自由」である（国家による自由としての営業の自由）。このような思考の前提には、営業の自由は社会的支配服従関係の禁圧によってしか実現されず、独占に代表される社会的支配力が営業の自由の第一義的な妨害物である、という考えがある。

しかしながら、仮に営業の自由が社会的支配力の下では実質的には保障されないのだとしても、国家的支配力が社会的支配力に取って代わることによって、営業の自由にとりプラスになるとは思われない。そもそも営業の自由は契約の自由を含み、不平等の力や規模の私人間においても法的には対等の契約が可能であり、契約が一方的な内容のものであれば「公序良俗」に反し無効ともなりうる。この場合の公序良俗は契約の自由ないし営業の自由それ自体の規範内容に含まれるというよりは、単にこれらの自由の外在的制約として用意されているはずである。

また、個人に社会的支配力を及ぼしその営業の自由の展開を妨げる「社会的権力」は、そもそもその強さを事実上有するのみならず、法的に保護された権利・権能として保持している。この権利・権能は、それはそれで営業の自由や財産権といった経済的自由のはずである。営業の自由や財産権保障は個人の側にも「社会的権力」の側にも対等に保障され、その結果として事実上の支配力に差が生じている。「社会的権力」の支配力を削ぐためには、その営業の自由の特段の制約を課すほかないが、そのような制約は営業の自由そのものからは出てこない。営業の自由の結果としての「社会的権力」を、営業の自由の名において制約することは背理に他ならない。

第三に、それがそもそも何を「営業の自由」として保障しようとしているのかが、法学的には理解しがたい（法学的把握の困難な概念としての営業の自由）。「社会的権力」の個人に対する強さが単に事実上のものであるなら、両者の不均衡は営業の自由という法的権利によっては是正されえないことは、すでに前述の第二の点に関連して指摘した。

これに対して、仮に「社会的権力」の強さが新規参入を規制するような法制度を背景としたものであるならば、国は自らそのような競争抑止的な法制度を改廃すればよい。このような社会的権力に有利な法制度の改廃は、もちろん個人の営業の自由の実効的保障に有益である。

しかしながら、そもそも参入規制などといった「社会的権力」の支配力を支えてきた国の施策を改廃することは、国家が私人間に介入して社会的権力を抑止し個人の営業の自由を実効的に保障するという第三者的なものではなく、単に国の施策自身が営業の自由を不当に抑圧しているのでそれを除去するというだけのことである。三極構造ではなく、二極構造で国の過剰な営業規制を止めることは、もちろん営業の自由の保障の実現であるが、ことさらに反・「社会的権力」や反独占を旗印とするまでもない。社会的権力の支配力を排除するために個人に新規参入を認めるのではなく、個人には営業の自由が保障されているから新規参入を認めるほかないのである。

このように考えると、樋口理論が社会的権力の抑止とことさらに営業の自由を結びつけることについては一歴史的背景としてであればともかく一、その法学的な意味は理解しがたいといわざるをえない。

3 人格権としての営業の自由・再訪—薬事法判決

(1) 営業の自由の人格権的構成と樋口理論の近似性について

なお、以上の樋口理論と見かけのうえでは大きく異なるものの、実質的にはさほど径庭ないものとして、開業許可制を人格の自由な発展への深刻な阻害行為とみなすところの、営業の自由の人格権的構成が挙げられる。いうまでもなく、薬事法判決（最大判昭和50年4月30日・民集29巻4号572頁）の次の一節にも、そうした構成の志向が見受けられる。

「職業は、人が自己の生計を維持するためにする継続的活動であるとともに、分業社会においては、これを通じて社会の存続と発展に寄与する社

会的機能分担の活動たる性質を有し、各人が自己のもつ個性を全うすべき場として、個人の人格的価値とも不可分の関連を有するものである。右規定が職業選択の自由を基本的人権の一つとして保障したゆえんも、現代社会における職業のもつ右のような性格と意義にあるものということができる。」

この構成は、一見すると樋口理論とは大きく異なり、対社会的権力ではなく対国家の文脈で、個人の自律ないし人格の自由な発展の一形態として営業の自由を位置付けるもののようである。しかし実際には、薬事法判決がまさに既存業者の地域独占を企図する距離制限規定を営業の自由の人格権的構成によって突破したことからも知れるように、この人格権的構成にかかる営業の自由論は樋口理論と径庭のないものである。

すなわち同判決の上記の一節は、個人を社会的権力から解放することこそが個人の人格的自律を可能とするプライマリーな条件であるという樋口理論に見られる一般的信念を前提として、その信念の営業の自由への「あてはめ」であるようにも読みうる。もし同判決がそうした基本命題を下敷きにしているのであれば、そこでの人格権的構成は、営業の自由そのものを本来の対国家的な尖鋭的拒否権から、国家の介入を手段として従えつつ社会的権力を打破する対社会的な反独占（独占からの自由）へと変成していることになろう。

(2) 人格的自律の基礎条件の捉え方

いったい人格的自律は、そもそもどのような条件に依存して可能になるのか。(イ)対国家で公権力による介入に対する消極的妨害排除権として、法的に構成された自由権によってか。(ロ)それとも、対社会で事実上の力の優位に基づく支配服従関係を拒否し、事実上の対等性の回復を可能とする、何らかの力によってであるか。

もとよりこの二者は、あれかこれかの二律背反の関係に立つものではな

く、共存可能ではある。そればかりか樋口理論は、(ロ)を公権力による反独占的介入によって実現し、支配服従の関係をもっぱら国家対個人の法的権力関係に集約したうえで、個人に対国家の妨害排除権を与えるわけであるから、この二者を連結する（対社会も対国家も個人の自律にとり必要であるとして実現する）点にその周到さを認めることができる。

しかしながら、樋口理論におけるように社会的な力の大小を権力的介入によって徹底的に平準化しておいたうえで、個人にもっぱら法的武器である妨害排除権を対国家の関係で与えることで、本当に個人の人格的自律が可能となるのであろうか。むしろ、事実上の力の差の原因となる個人の多様性や社会関係形成の自由、その結果としての諸集団（企業を含む）の結成は、個人の自律の自由で豊かな行使の結果そのものである。

樋口理論は結局のところ、個人の自律をつねに初期化し、裸の権利能力・行為能力の初期状態に留めおくことで、事実としての多様性を欠いた、それゆえ法的な権利主体として均質の無内容な「法人格」を与えられた抽象的人間のみを国法上の法主体として許容する。こうした理論的操作は、具体的多様性という生身の具体的人間像を国法の領域から放逐し（おそらくこの具体的人間像はあげて私法に委ねられる）、国家法人説の下で「地位」や「機関権限」の主体としてのみ意味を持つ「国民」ないし「公民」（いわゆる「強い個人」）を現実の多様な「弱い個人」から錬成する役割を果たす。これは、「プライベート」と呼ばれる不揃いの兵卒を均質の戦闘能力を備えた「置き換え可能」な兵士へと鍛え上げるというイメージに近い。

ここでは樋口理論におけるこの二者の特殊な関連付けはひとまず置くとして、単純に人格の自律の基礎条件として(イ)(ロ)を比較すると、(イ)の対国家の妨害排除権による人格的自律の保障の方が、実現が容易であることはいうまでもない。近代国家はそもそも法治国家として公権力の発動を法的に条件付けているので、個人が対国家の関係で妨害排除を現実実現するた

めには、法的な妨害排除権を個人に付与しておけば必要にして十分である。また逆に、国家という法的に正当化された力の行使主体によって、個人がその人格の自由な発展を阻害されたと感じることはあるとすれば、それは単なる剥き出しの社会的権力による妨害とは異なり、個人は人格の自律性を回復することが困難となる。したがって、対国家の文脈においては、法的な妨害排除権という強力な武器を個人に与えておく必要もある。

これに対して、(ロ)の対社会的権力の文脈での対等性の回復は、いかなる方法でどのようにそれを実現し持続させるかは、支配の有り様に応じて様々に困難である。企業と従業員との関係でいえば、企業そのものを解体すると雇用関係も消失することになり、被用者として経済的糧を得ながら人格の自律をはかろうとする労働者にとっては、かえってやぶ蛇な結果となる。労働組合の内部統制権をきらって労働組合からの脱退の自由を実効的なものとし、あるいは労働組合そのものを解体するとすれば、企業と単独の労働者というより強力な支配服従関係に逆戻りしてしまう。

独占禁止を徹底し、個人商店や零細企業のみを経営主体として認めるとすると、才能と努力に恵まれた創業者がその持ち前のアイデアや技術で大規模に世間の消費者に問うこともできない。Microsoft や Apple も、バックヤードカンパニーのまま止まることになる。小規模の経営主体が仕様もさまざまのまま、恐竜時代のはるか前に存在したという多種多様の奇天烈な生命体を生み出したカンブリア紀のように(?)、種は生成と消滅を繰り返すが、大胆なパラダイムの転換は生じない。このような大局的には停滞期の見かけ上の豊饒さの持続が、個人の人格の自由な発展に好都合な条件であるとは考えられない。

要するに、競争を刺激し多様な個人の人格の自由な発展の土壌を用意するためには、自由競争とその結果としての社会的存在の大小は認めるほかはなく、ただ自由競争そのものを阻害し自らが勝ち上がってきたゲームのルールを恣意的に変更するような、社会的権力の存在を抑圧することが、

個人の人格的自律にとり必要にして十分である。

個人や団体、企業などの社会的存在は、樋口理論のようにまず物理的に平準化し、しかる後に対国家的に法的（国法的・公法的という意味である）に平準化された法人格に仕立てるという技巧的な経路をたどるまでもなく、もともと法的（ここでは私法的という意味である）に対等である。社会的権力が法的な対等性を形骸化し、単なる自由競争の結果としての力の大小を超えて、一方的に有利な契約条件などを通じてもはや法的にも支配的地位につくとすれば、その時こそ私法上の法人格の法的対等性を守るべく公権力が介入すべきである。

また、介入のメルクマールはあくまで、法的権力を私人が得ることで法の国家独占が崩れているか否かである。単なる事実上の優劣は、優位性ゆえに新規性を失ったり市場のニーズを把握し損なうなどの経済活動としての失敗を通じて、市場でいずれは是正されるはずのものであり、国家介入の口実とはならない。

樋口理論が戦う相手である社会的権力は、その範型が前近代の中間団体であることから知れるように、純粋な経済権力ではなく、政治権力と経済的既得権が融合した社会的権力である。それから個人の人格的自律を守るための処方箋は、近代以降ではもはや独占的政治権力である国家の介入によるその解体ではない。むしろ、国家自身がその「延ばされた手」によって自ら特定の経済活動を独占し、あるいは既存の経済主体を政治的にコントロールし公的役割を担わせることに利用するという、混合経済システム下での国家自身の振る舞いこそが、個人の人格的自律を損なう。

要するに樋口理論は、現代においては敵を見誤っている。国家自身の経済政策に組み込まれ巨大化した政治経済体を解体し、私的中間団体から国家の「延ばされた手」を引き揚げ、私的中間団体から国家由来の政治性を剥ぎ取ることが、個人の人格的自律の基礎条件としての「反独占」の今日的な正しい現れ方であろう。

4 現代社会における営業の自由

(1) 現代の営業の自由近代の成り立ちを持ち込むべきではないこと

この組織化の進行した現代の高度情報化社会、後期資本主義社会においては、営業の自由のみならず、表現の自由をはじめとする精神的自由一般さえもが、社会や国家のさまざまなインフラやサービスにアクセスし、それらを利用してはじめて実効的な行使が可能である。単なる「国家からの自由」も、国家から自律化した社会のネットワークや中間団体を「独占」と決めつける「国家による自由」も、ともに現代社会に生きるわれわれの人格の自律にとって、その基礎条件を提供しえない。

営業の自由はその近代立憲主義憲法の成り立ちの時点から、自然権からストレートに演繹された精神的自由と異なり、社会的負荷を帯びていた。経済活動一般が前国家的に自生的に成立する人間社会の必需品であるからには、孤立した個人を国家権力と屹立させる精神的自由の比喩はもともと営業の自由には成立しない。

樋口理論が説く「公序としての反独占」は、前近代の既得権の集合体としての政治社会関係に近代市民革命のメスを入れるための劇薬的な手段であり、市民革命そのものであった。

しかしながら、近代立憲主義成立後も公権力が社会関係に対してたえず反独占的な介入を加えないと革命の成果物である「営業の自由」が達成されないというのは、革命当初においてはリアリティのある強迫観念であったであろうが、今日的には「永久革命」の白昼夢に近い。一度破壊された前近代への退行を恐れるあまり、近代的自由としての営業の自由が織りなす新たな社会関係や資本主義的に形成された企業などの中間団体を排除するのは、時代錯誤以外の何物でもないのである。

(2) 社会関係形成の自由としての営業の自由

営業の自由は、個人が自由な創意工夫により人格の自由な発展を図り、

その結実であるさまざまな独自の商品やサービスを社会に提供して他の個人の選択の自由を豊かにする営為に他ならない。狭義の職業選択の自由とは、他人の選択の自由を一般的に豊かなものにすることで生活の糧を得、それ以上の資本の蓄積を経てさらに他人の選択肢を増やすための投資を行い資金を回収するという、持続的な経済的運動法則に主体的に関与することへの自由権的権利である。

このように考えると、消費者である他の個人の選択の自由は、営業主体の側の職業選択の自由、営業の自由と表裏の関係をなしており、報道機関の表現の自由が受け手である読者・視聴者の知る権利と一对のものと把握されるように、営業の自由もまた消費者の選択の自由と一对のものとして理解される必要がある。

すなわち営業の自由は、消費者としてのわれわれ個人が商品経済における多様性を享受し、その人生の選択肢が実質的にも十分に自己決定権の行使を保障するほどに豊かなものであることを担保するための、その意味での制度的保障というる。

と同時に、職業選択にはじまり営業活動を継続的に行う営業主体としての個人は、商品イメージやライフスタイルの提示を通じて社会関係を経済活動の面で自由に形成し、そこに参加し、そのために自らの社会関係である企業体を自己組織化し、自らの人格の自由な発展を経済活動を通じて社会に刻印する。営業主体としての個人にとっても、職業選択の自由にはじまる営業の自由は、それ自体が以上の意味での社会関係形成の自由であり、そうして形成された社会関係への参加に対する権利を保障するものに他ならない。

樋口理論は、このような豊かな職業的人格の自由な発展を、個人や企業の独自の社会関係（経済的ブランドイメージやそれを担う組織としての企業体）の形成を執拗にくじくことによって初期化し続けようとするものであり、経済社会における人格の発展の芽をつむことを営業の「自由」と呼

ぶという、文字通り転倒した理論に他ならない。それは、英気と才能ある個人にバックヤードで新製品を開発し販売することは営業の自由の名のもとに激励するが、いったんブランド価値を生み出し企業体として一定の生産関係、部品調達関係を組織化し統制するようになると、たちまち国家権力によりそうした社会関係を解体し、もとのバックヤードに留め置こうとする。こうした「芽むしり子撃ち」が営業の自由というのは、営業の自由そのものの全否定にほぼ近いと言わざるをえないのである。

また、社会関係形成の自由として営業の自由の人格権の構成を行うとすれば、薬事法判決の人格権の構成と近似するように見えるが、実は同判決のそれは樋口理論と重ねて理解することも可能な、「反独占」の志向を内包したものともしいうことはすでに述べたところである。「距離」に象徴される「縄張り」はもちろん人格の自由な発展とは整合しないが（その限りで薬事法判決の人格権の構成ゆえの違憲判決は有意味である）、新規参入を強制的に実現する契機（「反独占」の契機）を同判決の論旨が含むとすれば、それはそれで現代の営業の自由にそぐわない。既存の事業者による積み上げを破壊するような新規参入の受け容れ強制は、参入規制と同様に、社会関係形成の自由としての営業の自由を初期化し、国家管理の下に置くものなのである。

（3）独占＝悪という前提への疑問—小括

独占的な営業主体の存在はもとより、標準仕様の形成や特許、下請け系列の形成などにより、新規参入者の営業に高いハードルを設定し、それを事実上妨げる。しかしながら、独占的な市場の巨人の存在それ自体が営業の自由を否定するものとして規制されるべきであるという結論は、営業の自由そのものからただちに得られるものとは思われない。

とりわけ、自ら新たなコンセプトに基づく商品を開発し新規の市場を立ち上げたようなケースでは、市場そのものが特定企業の独占的な占有率の

下に置かれることはやむを得ない。他方で、独占は経済的な締めつけによる事実上の強制力で維持され得るものではなく、新しい時代精神の新たなニーズへの適応力のその都度の大小の結果にすぎない。独占により消費者の新たなニーズへの感受性を失えば、巨大企業も適応力の喪失という致命傷によってすぐに市場占有率を失うことになる。

こうした現代のめまぐるしい市場経済における優位性の脆弱さを見れば、国家が介入して独占を規制し「自由競争」を実現するという樋口理論の前提は、それ自体の有効性が疑わしいことが知れる。むしろ商品やサービスで競合する複数の巨大企業が、ベンチャーの新規のアイデアと人材を買収しながら、消費者個人が人格的自律を果たしてゆくためのより優れたフレームを提供しうるのはどの巨大企業（「プラットフォーム」）なのか、という論点が、人格権的な視点から見た場合にも今日の営業の自由の核心であろうと思われるのである。

なお、薬事法の距離制限のような、既存の小さな社会的権力（実際には小中規模の既存業者）による法律上の距離制限を利用した地域独占は、新規の営業者にとっても既存の消費者にとっても個人の人格的自律としての経済活動の自由を削ぐものであった。法令の距離制限規定の違憲判決は、こうしたいわば古典的な独占を排除する機能を有するものであるから、法令上の距離制限に支えられていた点では樋口理論が叩こうとする事実上の独占とは異質であるものの、結果としては奇妙に同理論と符合する。

およそ法学的に洗練された形で提示されているとは言い難い樋口理論は、薬局開設の距離制限規定という、法的構成としては対社会的権力ではなく私人間の営業上の競争関係に対する高権的規制がたまたま俎上に乗ったラッキーな事案であった薬事法事件において、最高裁大法廷による懇切な適用の榮に浴したのである。

しかしながら、樋口理論も薬事法判決も、現代のめまぐるしい「ゲームチェンジ」を伴う市場経済の世界においては、すでに陳腐化していると言

わざるを得ない。人間の物理的生存に直結した日々の生活必需品や医薬品はともかくとして、営業者、消費者ともに個人の人格の自由な発展を図る場である IT 関連技術の領域においては、巨大企業の独占と退場、新興勢力の急激な伸長が繰り返されており、国家のなすべきはただ、こうした新しい時代精神の乱舞を「邪魔しない」こと、すなわち国家からの自由としての営業の自由を守り通すことに尽きるのである。

二 私人間効力論・再訪——間接適用説の一論証——

1 問題の所在

(1) 「憲法と私法（の関係）」の多義性について

「憲法と私法（の関係）」というテーマは、もとより多義的である。第一にそれは、「公法と私法」というテーマの変形として、さらには国家と社会の二元論を規範レベルに投影したものとして、捉えることができる。この場合、憲法と私法との異質性、私法の憲法に対する独自性・自律性が先取りされていることになる。

と同時に、「憲法と私法」の問題を「公法と私法」ないし「国家と社会」の問題に当然のように置き換える際には、国家の領域と市民社会（市民的法治国）の領域が横並びに隣接するという、ヨコの水平的な「憲法と私法」の関係づけが無意識下に導入されている点には注意を要する⁵。

こうした見方に対しては、もちろんただちに最高法規としての憲法は民法商法などの私法に対しても上位法としての拘束力を持つ、と指摘するこ

5 この「憲法と私法」のヨコの隣接関係を私人間効力論に（無意識に）投映すると、憲法と私法の間に「近隣関係」が存在しないような場合には、新無効力説と自称する高橋和之説（近時のものとして同『体系憲法訴訟』（岩波書店、2017年）143頁以下）が自ずと導かれることになる（同旨、君塚正臣『司法権・憲法訴訟論上巻』（法律文化社、2018年）512頁）。

とが可能である⁶。ただしこのような批判は、これはこれで「憲法と私法」の上記のヨコの配列を否定し、あくまで段階説的なタテの関係として「憲法と私法」を捉えるという前提をやはり（無意識に）導入している。

（2）憲法の「最高法規性」だけでは問題は解決しないこと

しかしながら、このような憲法の最高法規性の指摘によっても、それだけで「憲法と私法」の問題が「上位法と下位法」の問題一般に解消され、その独自性を失うわけではない。「憲法と私法（の関係）」の問題を、「上位法である憲法は下位法である私法にいかなる拘束力を及ぼすか」という問題に置き換えるとすると、そこからさらに次のような厄介な諸論点が顔を出す。

すなわち、もとより上位法の下位法に対する拘束力は、法の段階構造からの当然の帰結である。下位法の法的効力は上位法からの授權によって発生し、上位法の授權がない下位法や授權の範囲を逸脱した下位法（これらはそもそも「下位法」でさえないが）は、授權を欠くがゆえに当然に無効である。

しかしながら、上位法の下位法に対する拘束力、さらには当該拘束力を生む授權構造を持ち出すだけで、憲法と私法の関係の回答が得られるわけではない。単に「憲法と私法（の関係）」という問題が、「最高法規である憲法は下位法である民法等の実定私法に対して、どのような拘束力を及ぼしているか、すなわちどのような授權をしているか」という問いに変換されるだけのことである⁷。

憲法が最高法規であるという点を意識したからといって、「憲法と私法」

6 君塚正臣『憲法の私人間効力論』（悠々社、2008年）258頁以下。同前掲注1）526頁以下。

7 参照、小山剛「『私人間効力』を論ずることの意義」慶大法学研究82巻1号197頁以下。

の問題、さらにはその派生問題としての人權の私人間効力の問題の立て方が変わり、問い自体がよりクリアになるものの、それだけで簡単に答えが一たとえば「問題は直接適用か間接適用かではなく憲法が適用されることであり、私人間にも憲法の拘束力は及ぶ」とか、「裁判官の憲法尊重擁護義務により裁判官も憲法に直接拘束されるという意味において、直接適用説が成り立つ」といった形で一得られるものではない。

憲法が最高法規であるというのは疑う余地のない公理であるものの、そのことから導き出されるのは、私法の明文規定が憲法の規範内容と矛盾することは許されない（違憲無効となる）という帰結のみであって、一般条項の不確定概念の具体的規範内容として憲法の規範内容がそのまま下方移動する（これは直接適用説に対応する）という帰結までは得られない。

そもそも私法上の不確定概念は、内容が不確定であるにもかかわらず裁判規範として機能するわけであり、そのことは立法者が裁判官の司法裁量にその具体的内容形成を委ねたという授権の存在を言い表している。この法定立権者である立法者から法適用権者である裁判官への授権の範囲は、もちろん無限定ではない。公序良俗とは何かをその時々国民感情を裁判官なりに汲み取りながら、同時に民法などの私法体系に内在する「契約正義」の理念を発見し、契約等の私的自治の内容的限界を探り当てるという複雑な作業とそのための権限が、立法者から裁判官に授権されているわけである。

その際、立法者の裁判官に対する授権行為自体が、憲法によって立法者に授権された権限の範囲に留まっていなければならない。この前者と後者は連続した一体のもの（こう考えると直接適用説になる）ではないが、無関係なものとして遮断されるべきもの（こう考えると無効力説になる）でもない。

前者の授権の範囲を裁判官が解釈して確定する際に、後者の授権の範囲がそれに何らかの影響を与える（その意味で現実的なすべての私人間効力

論は間接適用説に落ち着くことになる）ことは、法段階説をとる以上当然である。この後者の前者への影響をどこまで・どのように捉えるかが、人権の私人間効力の（間接適用説なりの適用の強弱の差異を通じて）諸々のバリエーションを形成することになる（この点は後述するように授權の内容をどう捉えるかにかかってくる）。

（3）憲法による私法への授權の有無・範囲の問題としての私人間効力論
 いましがた述べたように、私人間効力論の問題に法段階説的にタテの授權構造を意識しながらアプローチすると、憲法の人権保障規定の私人間効力の問題は、憲法の営業の自由その他の自由権規定（平等保障を含む）が民法等の私法の立法者に対して、私法による私人間の法秩序形成を行う権限をそもそも、あるいはどこまで授權しているのか、という問題と同値である。

しかしながらこれまで、自覚的に憲法による私法への授權の有無・範囲というあくまで法段階説的なタテの観点から私人間効力が論じられることはなく、私人間というヨコの場面に本来はタテ関係（国家の個人に対する権力作用という垂直的關係）で性能を発揮する人権保障がそもそも、あるいはどこまで機能するのか、という空間的なイメージに依拠した比喩的な問題設定がなされてきた。

このような空間的なイメージ（垂直的關係をどうやって90度寝かせて水平的關係に持ち込むかといった）をいったん捨象して、授權の有無・範囲として私人間効力論を再定位しようとする場合、いくつかの整理が必要である。

そもそも、法段階説的な授權という思考以前に、自由権（人権の私人間効力で問題となるのがもっぱら自由権であることは言うまでもない）は対国家的な、その意味で垂直的關係における権利である。その内実は、国家からの自由ということに尽きるのであって、すなわち三菱樹脂株式会社の

ような私人Aは国家により営業の自由を保障されるが、これは言い換えれば国家による私人Aの営業活動への介入の（原則的）禁止を意味し、それ以上のものではない。同様に、三菱樹脂事件の原告T氏のような私人Bは国家により思想の自由を保障されるが、それは言い換えれば国家による私人Bの内心の思想への介入の（原則的）禁止を意味し、それ以上のものではない。

こうした介入禁止という自由権の法的意義は、私人に対する禁止されない範囲での自由の授権といったものではない。私人に対して自由権を含む憲法上の権利が「授権」されるということは、およそありえない。授権の対象はあくまで権限（この場合、自由権の制約権限）であり、授権の相手は下位法の制定権者（憲法から見れば直接には立法者）である。

国家と私人の垂直的關係における自由権の保障は、国家権力が法治国的に作動するかぎり、形式としては国会が制定する法律ないしその委任命令により直接に、あるいはその行政による執行行為を通じてのみ、制約され得る。また、その合憲的な制約の範囲は、憲法上の各自由権規定がそれぞれ立法者に制約立法を授権した範囲と一致する。

私人間効力論を、憲法の立法者および民事裁判官に対するタテの授権の観点から捉えようとする場合、後述するような、いろいろな考察を重ねる必要が出てくる。しかしながら、そうした対価を払うことにより、私人間効力を単に自由権が対国家的権利であるというだけの理由で無効力説の復権を説いてみるとか、逆に憲法を頂点とするタテの法段階構造から、民事裁判官の憲法尊重擁護義務を媒介項として私人間効力を安易に肯定するなどの、現に見受けられるありがちな弊を免れることが可能になるのである。

2 憲法22条1項（営業の自由）による授権

- (1) 憲法22条1項の「公共の福祉」の具体化の残余としての契約自由
三菱樹脂株式会社のような私人Aに対しては、憲法22条1項の授権

（「何人も、公共の福祉に反しない限り、居住、移転及び職業選択の自由を有する。」の規定は、「公共の福祉」を具体化する法律の制定を立法者に対して授權している）を受けた公法ならびに私法によって制約された残余の営業活動のみが、実効的な「営業の自由」、すなわち民法上の契約自由として具体的に保障される。

私人Aが私人Bなどと特定内容の契約を交わす契約の自由も、あるいは契約を拒否するという契約拒否の自由も（三菱樹脂事件最高裁判決の有名な一般論は採用面接の時点での契約拒否の自由についてのものであった）、憲法22条1項の営業の自由によって保障されるが、その範囲は憲法22条1項の「公共の福祉」を具体化し契約自由を制約するところの公法ならびに私法によって決まる。

もちろん、ここでのいう私法には民法90条および709条以下の不法行為の諸規定も含まれる。民法90条は、「公序良俗」という不確定概念を用いることにより、さらに民法の適用権者である裁判官にその具体的内容を事案ごとに決める権限を授權している。そもそも公法は裁判官の裁量への授權を基本的に含まないが（立法による行政裁量への授權が公法法規の特徴であり、司法は行政裁量が授權の範囲を守っているか否かを審査しうるにとどまる）、私法は裁判官の裁量を原則として前提としている。公法と私法の相違は、この裁判官への授權の有無によって決まると考えられる。

ともあれ、私人Bを契約書どおりに拘束しようとする（すなわち私人Bの契約の履行ないし債務不履行による損害賠償を裁判判決によって実現しようとする）私人Aの契約自由は、裁判官によって解釈される「公序良俗」の範囲内でのみ、具体的に保障される。

また、私人Aの私人Bに対する契約拒否は、法律行為ではなく事実行為に分類されるが、当該行為が不法行為法上違法となるかは、憲法22条1項の「公共の福祉」がどこまでの契約拒否の自由を民法不法行為法の規定ならびにそれを解釈運用する裁判官に授權しているか、にかかっている。

(2) 仮象としての私人間の私法的秩序形成

この場合裁判官は、複数当事者間でのみ成立する契約という行為の性質上、私人Aの契約自由をA単独で捉えることは出来ず、私人A、B間での公序良俗という私法的秩序形成を、Aの契約自由を実現することと同時的に行うことになる。AのBに対する契約拒否の合法性・違法性の裁判官、さらには立法者（民法制定者）による規律もまた、私人間の私法的秩序形成の一コマとして、Aの契約自由を実現することと同時的に行われる。

ただし、ここで注意を要するのは、法段階説的なタテの授權構造によって裁判官に公序良俗の解釈適用権限が付与されるという前提をとる以上、私人A、B間という水平的関係の私法的秩序ないしその形成なるものは、いずれも仮象にすぎないということである。

なぜなら、憲法に発するタテの授權構造は、いずれも結局は具体的個人AもしくはBに帰属する人権を制約する権限の授權についてのものだからである。

私人A、B間の私法的秩序形成は、もちろん第一次的にはA、B両当事者の合意を核とする私的自治によってなされる。しかしながら、私人には法を形成する立法権限や法を解釈適用する法解釈適用権限は与えられていない。私的自治は、憲法が私人に私人相互の合意に基づく法秩序形成を授權したなどという法的概念ではない。私人が合意のみによって私法的秩序形成を行いうるように見えるのは、私人A、B各自に対して憲法が保障した経済的自由権が一民法等の法律の規定、および裁判官によって解釈適用される公序良俗によって制約された残余としてのA、Bの具体的な経済的自由権であるが一、本人らの自己決定権の行使による互いの自己拘束を支えるからである。

たしかに、授權構造の出発点となる最高法規としての憲法上の人権規定は、人権享有主体である個人ないし国民の人権を一般的抽象的に公共の福祉によって制約する権限を法律に授權する。しかしながら、この適用対象

の一般性抽象性は、法律の段階におけるかりそめの姿にほかならない。法律のうちたとえば民法は、憲法の経済的自由についての保障規定の授權を受けて裁判官に公序良俗による具体的なA、B間の契約の内容・効果についての、AもしくはBにとっての制約権限を授權する。

法律は執行されなければ規範としての実効性を発揮しないから、結局タテの授權の連鎖は具体的な個人AないしBに対する法適用行為を、憲法を始点とする人権「制約」の授權の連鎖が正当化するということなのである。

なおタテの法段階構造は、上から下への授權による規範の具体化という一方向のみに機能するのではない。それはむしろ、AあるいはBという特定個人の人権を民法なりの法適用のレベルで制約する権限の正当性を、法段階の下から上へと訪ねて憲法に達するという、逆方向に機能するタテの構造でもある。

それゆえ、裁判官は「公序良俗」ないし「違法性」の解釈権限の行使にあたって、己れに授權された権限の範囲を知るためには、憲法22条1項の解釈を明示的黙示的に行わざるを得ない。このように、法段階説を前提とする場合には、法解釈の際につねに憲法解釈により授權の範囲を探るという意味での司法審査が、同時的になされることになる。

(3) 私的自治は授權に基づくものではないこと

契約等をめぐる個々の私人間の紛争に対しては、それに直接に適用される私法上の強行法規を除けば、(イ)第一次的には私的自治の原則の下で契約内容等の当事者の合意そのものが規範的な拘束力を持ち、(ロ)第二次的には民法の公序良俗などの一般条項（における不確定概念。以下単に「一般条項」と書く。）が私的自治を拘束するものとして登場するが、その効力および内容は、裁判官が契約内容等の当事者の合意の解釈、ならびに公序良俗の法解釈を通じて確定することから、結局は当該一般条項に対する憲法からの授權の範囲と内容によって決まることになる。

この点を詳述すると、まず(イ)の私的自治についていえば、人権規定以前に憲法はそもそも私人を名宛人として義務付けないため、私的自治の原則およびその下での契約の拘束力は、いずれも憲法の私人に対する授權に基づくものではない。

私的自治の結果としての契約の拘束力は、直接には当事者の自己決定に基づく自己拘束、すなわち自由意思の力に基づく。私人間で互いを拘束する個人の自由意思は、憲法上の人権としての営業の自由や自己決定権が、個人に授權という形で付与したり許容したりしたものではない。イエリネクの地位理論のうちの「無関係の関係」という個人の対国家的地位は、国家の放任の結果としての自由意思とそれに基づく相互拘束を国家対個人の関係として強引に言い現わしたものである。放任は授權ではない。

もっとも、私的自治は国家が個人に権利能力・行為能力を認めることで実効的に成り立つ。私的自治の実効性は、自力救済が禁じられた近代国家においては、国家機関である裁判所において国法である私法に則って契約当事者の権利能力・行為能力の存在を前提として、契約の効力が確認され強制執行によってそれが担保される。

要するに、私人間の契約条項等の私的自治の具体的内容それ自体に憲法の人権規定が直接にも間接にも適用されることはありえない。憲法の人権規定が私人間の契約等に適用されるとしても、それは私的自治の具体的内容そのものに対してではなく、私的自治というものの規範的諸条件（権利能力・行為能力など）、あるいは私的自治の内容的範囲を縛る公序良俗といった私法上の一般条項による規律に及ぶにすぎない。

このうち権利能力・行為能力については、その年齢や認知能力による安易な制限に対しては、もちろん憲法上の営業の自由や自己決定権など人権保障の直接適用によって吟味されることになるが、これはそもそも「私人間」での水平的な事象（契約など）に対する人権規定の適用ではなく、単に個人の法的な能力を制限する法的規律に上位法である憲法との整合性を

要求するものにすぎないから，ここで論じる必要はない。

(4) 授權としての公序良俗

次に，私的自治を拘束するものとしての，前述(ロ)の公序良俗などの一般条項についてであるが，この場合，憲法が私人間の契約等の法的規律につき民法制定者（立法者）にどういう授權をしたかが問題となる。ここでようやく，授權という観点から私人間効力論を論じることになる。

私人間の契約等は，憲法上の人権行使としては，営業の自由の行使および財産権の自由な管理処分として説明される。営業の自由は公共の福祉（憲法22条1項）による制約が憲法上明記されているが，もとより法治主義の前提から，「公共の福祉」の中身は法律で決められる。この法律とは，公法に属する営業規制立法のみならず，契約締結など営業の自由の行使自体の有り様を定める私法も含む。財産権保障は自由な管理処分権をその本質とするが，財産権の内容規定が「公共の福祉」に適合する法律によってなされるものとされ，明示的に立法者に託されている（同29条2項）。この場合の財産権立法は，財産権それ自体の内実およびその自由な管理処分権のあり方についての，公法的規律および私法的規律の両方を含む。

このように私人間の契約等に対しては，憲法の人権規定は直接にはなく，公共の福祉を具体化する立法に営業の自由および財産権保障の規制と内容形成を授權することを通じて，憲法上の規律を及ぼす。公共の福祉を具体化する法律には公法的なものと私法的なものがある。

そのうち公法的規律の場合，たとえば建築基準法は公共の福祉による制約の具体化として，土地所有権に含まれる土地の自由な管理処分権を制約し施行主と建築業者との間の契約の成否に一定の影響を与えるが，このように私人間の契約等に公法的規律が及ぶとき，それは憲法上の営業の自由なり財産権保障の具体化としての規律なのであるから，その意味では憲法の人権規定が直接に適用されているという言い方は誤りではない。ただし，

人権保障といっても公共の福祉を具体化したあとの残余としての契約自由ないし財産権保障が、そのまま私人間の契約等に法的有効性を付与しているという意味における「直接適用」である。

私人間の契約等に対する私法的規律としては、ようやく本題であるが、私法の一般条項における公序良俗がそれに該当する。私人間の非法律行為・事実行為については、不法行為の違法性が同様の機能を発揮する。

(5) 憲法から法律への授権の広狭

ところで、憲法から実定私法への授権といっても、(イ)立法によって最終的な具体化がなされ、裁判官に対してさらなる授権を予定しない場合、すなわち立法が憲法による授権の範囲内に収まっているかの憲法解釈のみが裁判官に残された役割である場合と、(ロ)実定私法自身による具体化はなお抽象的なものにとどまり、不確定概念を用いて裁判官の広範な裁量に更に授権する場合とを区別する必要がある。

(イ)は、たとえば証券取引法事件（最大判平成14年2月13日・民集56巻2号331頁）で合憲性が争点とされた証券取引法の規定（164条1項＝現、金融商品取引法164条1項。上場会社等の役員又は主要株主が当該上場会社等の特定有価証券等につき、自己の計算において買付けののち6ヶ月以内に売付けをし、もしくはその逆の行為により利益を得た場合、上場会社等が役員等に対して当該利益の請求権を有する旨を定める）のように、性質としては公法的規律であり、当該規定が憲法上の財産権保障に付された公共の福祉（憲法29条2項）による制約の授権に反するものでないかだけが問題となるような場合である。

これに対して(ロ)は、実定私法の不確定概念を許すほどに憲法による授権の範囲自体が不確定であり、また立法者も憲法の授権を受けて具体的な規範内容を法律レベルで定立しようとしなかった場合である。民法90条に代表される一般条項の、「公序良俗」のような規定がこれに該当する。この

場合には、不確定概念の解釈を通じての具体化は裁判官に委ねられていることになる。

私人間の法律行為あるいは事実行為における法的紛争は、さしあたり実定私法の規定の解釈適用をめぐって争われる。その場合、前記の(イ)のタイプでは、証券取引法事件判決で問題となったような当該実定私法の司法による解釈は、実定私法の諸規定やその背後にある法の精神から読み取られる解釈指針によるであろう。そうであれば、憲法の人権規定はこのような公法的規律に近い私法に対しては、いま述べた意味においてであるが、ある程度明確な授權を行っていることになる。

また当該私法規定も、憲法の人権規定が「公共の福祉」として認めた制約内容を具体化することについての授權を受けて制定されているわけであるから、裁判官は当該実定私法の規定を解釈するに際して憲法の人権規定にわざわざ立ち返るまでもない。このような場合、あえて憲法の私人間効力の問題として当該私法の解釈を捉えたとすると、無効力説が自然であることになる。なぜなら、当該私法規定の法解釈はおのずと憲法の人権規定からの授權を踏まえたものであることになり、法律の解釈以上に憲法にまで遡り、当該規定を私人間の紛争に適用するに際して憲法の人権規定の意味を「充填」する必要はないからである。

このことはもとより、当該私法規定自身がつねに合憲であることを意味するわけではない。上記の(イ)のタイプの場合（証券取引法で問題となった規定のような場合）、憲法と下位の法規範との突き合わせは、憲法—法律の間での法令の合憲性審査に集約されるということであり、証券取引法の上記規定のような当該法令の違憲判決はもちろんありうる。憲法と当該法律との関係における憲法からの授權の範囲の遵守（法律の合憲性）さえ確認できれば、当該法令を私人間で適用する裁判官の法適用行為（これは法律に対して下位法の関係に立つ）のレベルにおいて、憲法や憲法の授權を受けた法律からの授權との整合性を気にかける必要はない、ということである。

ある。

いわゆる非嫡出子の相続分差別規定（改正前民法900条4号但し書）の事案は、私人間の紛争において憲法の人権規定の適用が問われた事案ではあるものの、そこでは裁判所による相続財産の異母兄弟間での分割そのものの憲法適合性が問われたのではない。民法の当該規定が、憲法29条2項の「公共の福祉」の内容の具体化に際して考慮すべきであった憲法14条1項の平等原則を十分に考慮せずに制定されたという、憲法—法律間での授権の欠缺を理由として違憲決定が下されたのであった⁸（最大決平成25年9月4日・民集67巻6号1320頁）。

（6）民法から民事裁判官への授権が広大である場合

これに対して、前述の(ロ)、とりわけ民法90条「公序良俗」などの一般条項、あるいは709条以下の不法行為の「違法性」のような解釈の幅が広い controversial な私法上の法概念に際しては、裁判官の裁量が非常に広くなる。そこで、憲法から立法者への授権、立法者から裁判官への授権（あるいは形式上は法律を媒介とするが、実質的には端的に憲法から裁判官への授権）が具体的にどの範囲ないし内容のものであるかが問題となる。

いわゆる無効力説といえども、憲法から民法への授権は一定の実質を伴うことは認めるわけであり、無効力説たるゆえんは、憲法から民法への授権と民法から民事裁判官への授権とを遮断してしまう点にある。民事裁判官は「公序良俗」の解釈適用に際して、民法から民事裁判官への授権の範囲・内容には思いを巡らす、憲法から民法への授権については等閑視する（べきである）というのが、無効力説の言い分ということになる。

しかし、このような想定は不自然であろう。民法から民事裁判官への授権が憲法から民法への授権の範囲内に縛られる以上（法段階説を前提とす

8 拙稿「私人間の憲法訴訟」戸松秀典他編『憲法訴訟の現状分析』（有斐閣、2012年）43頁以下。

るかぎり、民法制定者は民事裁判官への授権の権限を憲法による授権から得ていることになる）、民事裁判官は民法解釈により民法から自身への授権の範囲（Qとする）を知ると同時に、憲法から民法への授権の範囲（P）をも当然に知るところとなる。

右の記号でQはPの範囲内に物理的に収まるから、たしかにQを民法解釈で確定してゆけば、それ以上にPを詮索する必要はなさそうに見える。しかしながら、Qを確定する際にその枠づけとしてPを用いることは自然である。

また、そもそもQが「契約正義」のような不確定かつ一定の価値判断を伴う内容を含む場合、民法かぎりでそれを探求するとすれば、その作業は容易ではない。その場合、「資本主義法」としての民法か、それとも「市民法」としての民法かという大括りの分岐点にも立ち向かわなければならぬし、結局は民法以外の経済学的ないし社会学的な原理原則を援用することにもなりうる。それくらいなら、「契約正義」を契約法の中心に据えることを民法制定者に授権した憲法の営業の自由（その公共の福祉による制約）の方に目を転じ、PによってQを確定してゆくほうが通常の解釈手法であろう。

ここでいう「通常の解釈手法」は、政令等の解釈が問題となる際に、法律の委任立法に対する縛りとして「委任の趣旨」に言及する手法に近似する。委任立法の規定の解釈にあたっては「法律の趣旨」を持ち出して厳格に解釈し（いわゆる堀越事件最判平成24年12月7日・刑集66巻12号1337頁の採用した手法である）、あるいは端的に委任立法の規定を無効とし（いわゆる医薬品ネット販売規制事件最判平成25年1月11日・民集67巻1号1頁の手法である）、一方で法律の趣旨自体はそれを憲法適合的に捉える（前出堀越事件最判に顕著である）というスタイルがそれである。

この手法とパラレルに考えると、民事裁判官は民法90条から自身への授権の範囲（Q）を民法90条の趣旨に即して解し、さらに民法90条の趣旨は、

これを憲法から民法への授權の範囲（P）に適合するように憲法適合的に捉える，という方法が導かれる。この，委任立法で近時見受けられる手法とよく似た手法が，われわれが慣れ親しんだ間接適用説の法段階説的表現であることは論を待たない。

3 憲法19条（思想の自由）による授權

（1）思想の自由の内在的制約の具体化の残余としての思想の自由

同様に，三菱樹脂事件の原告T氏のような私人Bの思想の自由については，憲法19条の授權を受けた公法ならびに私法によって制約された残余の思想の自由のみが，実効的な「思想の自由」として具体的に保障されることになる。19条の「思想及び良心の自由は，これを侵してはならない。」には13条の「生命，自由及び幸福追求に対する国民の権利については，公共の福祉に反しない限り，立法その他の国政の上で，最大の尊重を必要とする。」がかかり，結局のところ19条の規定は，思想の自由の内在的制約としての「公共の福祉」を具体化する法律の制定を立法者に対して授權していることになる。

もっとも，思想の自由の内在的制約を「公共の福祉」として立法化する場合に，内心の絶対的保障を侵害するような立法はもとより「公共の福祉」には該当せず，そのような立法はおよそ憲法19条の授權を欠くことになる。思想の自由に対する制約立法として許された授權の範囲はきわめて狭いものとどまる。

内心の思想が外部に表明される場合には，表現の自由の領域になるが，外部的表明行為が法令により規制され，その結果として内心の思想の自由そのものが制約されるとみなしうる場合には，思想の自由の問題に戻ることになる。

教育公務員を含む公務員の内心の思想の自由は，その思想・世界観に反する外部的行為を職務命令で強制される場合，憲法は一般国民の思想の自

由に比べて大きな制約を（公務員制度の憲法における制度的保障と個人の思想の自由の規範の競合の結果として）、立法および行政処分に対して授權していると解される。最高裁は、君が代斉唱事件判決（最判平成23年5月30日・民集65巻4号1780頁）において、思想の自由の侵害の有無を外観基準で判断するという独特の観点に立ち、職務命令で君が代斉唱を強制しても内心の思想の直接的制約には該当しないとしつつ、まさに外観を基準とするがゆえに、敬意の表明を強制しているという意味での間接的制約の成立を認めた（ただし制約には必要性および合理性が認められるから合憲であるとした）。

（2）私人間における相互的自己拘束としての思想の自由の制約は許されないこと

なお、思想の自由は各人がそれぞれ平等に享受し、自身の人格的確信のみに帰依すべき自由である。それゆえ各人の思想の自由は、文字通り「思想の自由市場」による相互の影響以外には、他人の干渉を受けない。営業の自由から導かれる契約自由のように、私人が相互的な自己拘束を自己決定するという所為は、思想の自由にはそもそも含まれない。すなわち、私人間での（本人の同意に基づくにせよ）強制や、逆に国家介入による特定思想の保護などは、思想の自由の本質に反する。

また、本来は人格的自律の主体ではないところの（内国）法人であっても、他人の思想への共鳴の表明を強制されることはない（消極的表現の自由、沈黙の自由）。

この点は、信教の自由についてであるが、すでに殉職自衛官訴訟の最高裁判決（最大判昭和63年6月1日・民集42巻5号277頁）において次のように述べられたところである。「私人相互間において憲法二〇条一項前段及び同条二項によって保障される信教の自由の侵害があり、その態様、程度が社会的に許容し得る限度を超えるとときは、場合によっては、私的自治

に対する一般の制限規定である民法一条、九〇条や不法行為に関する諸規定等の適切な運用によって、法的保護が図られるべきである〔三菱樹脂事件判決引用〕。しかし、人が自己の信仰生活の静謐を他者の宗教上の行為によって害されたとし、そのことに不快の感情を持ち、そのようなことがないよう望むことのあるのは、その心情として当然であるとしても、かかる宗教上の感情を被侵害利益として、直ちに損害賠償を請求し、又は差止めを請求するなどの法的救済を求めることができるとするならば、かえって相手方の信教の自由を妨げる結果となるに至ることは、見易いところである。信教の自由の保障は、何人も自己の信仰と相容れない信仰をもつ者の信仰に基づく行為に対して、それが強制や不利益の付与を伴うことにより自己の信教の自由を妨害するものでない限り寛容であることを要請しているものというべきである。」

思想の自由はもとより信教の自由とは異なり、寛容のみによって共存すべきものというよりは、思想の自由市場における自由な表現と批判を通じて研磨され陶冶されてゆくべきものである。しかしながら、いうまでもなく私人間の契約強制と思想の自由市場とは、何の関係も持たない。

このような思想の自由そのものの内実のゆえに、思想の自由についてはそもそも、私人間において一方が自らの思想の尊重（思想により差別的に取り扱わないことなど）を相手方私人に契約締結に際して求めるといった形で適用（すなわち直接適用であるが）の問題自体が生じ得ないというべきである。三菱樹脂事件のケースで、思想の自由の直接適用を狙う立論は思想の自由それ自体の性質のゆえに無理であったということである。

もとより、間接適用という文脈で思想の自由が契約自由の制約原理としての「公序良俗」の解釈適用に影響を及ぼすかは、これとはまったくの別論である（後述4(3)）。

4 契約自由と思想の自由との「交錯」

(1) 異なる人権は私人間で衝突しないこと（とはいえ無効力ではない）

以上に対して、私人A、B間で互いに異なる人権が主張される場合には、問題は複雑化する。

三菱樹脂事件のように、私人A、Bがそれぞれ私人間で主張しようとする人権が営業の自由（契約自由）、思想の自由というぐあいに異なる人権である場合には、私人が国家（裁判官を含む）との関係で具体的に保障される人権は、立法者ないしその授権を受けた裁判官なりが憲法の各人権規定から授権された範囲の制約をそれぞれ施した範囲内にとどまる。憲法は、私人それぞれが異なる人権を主張する場合を直接に想定して、その優劣に回答を用意してはいない。

もちろん、だからといって私人間には人権規定はおおよそ無関係である、と考えるのは諦めが早すぎる。たしかに、タテの授権関係で人権規定が立法者や裁判官に付与する人権制約権限は、あくまで憲法上の「公共の福祉」の具体化の権限であって、そこに人権相互の「調整」が含まれるとしても、その「調整」はあくまで人権保障が成立するための内在的制約である。

このような調整権限を授権されたからといって、立法者や裁判官が私人間の法律行為ないし事実行為に対して、当然に人権制約権限を及ぼすことができるわけではない。私人間で「人権制約権限」という言い方は奇異に聞こえるであろうが、一方の私人の人権を私人間の関係において立法や裁判判決を通じて制約するということは、すなわち相手方私人が主張する人権が私人間でも妥当したように見える、ということに他ならない。

本稿の方法は、私人間効力の問題を、憲法の人権規定（それは人権制約権限を「公共の福祉」の範囲のかぎりで法律に授権している）—民法90条（それは「公序良俗」という不確定概念によって広範な授権を民事裁判官に対して行なっている）—民事裁判官というタテの授権の連鎖の観点から

説明しようとするものである。

このような観点からすれば、三菱樹脂事件のような事案の場合、存在するのは私人A＝三菱樹脂株式会社の営業の自由に含まれる契約自由と私人B＝原告T氏の思想の自由という2つの人権の、私人間におけるそれぞれの適用の優劣（あたかも2つの規範の競合のような）ではない。

この、タテの武器としての対国家的人権をお互いにヨコに向けて私人間で刃を交えるという通俗的な図式（それをそのまま理論化すると直接適用説となる）は、私人間で契約の効力（公序良俗違反か否かを含めて）あるいは不法行為の成否を争うという紛争の形式にはよく適合している。こうした場面では、私人が互いに主張する請求権の中身を、民法上の請求権から憲法上の（解釈操作によって私人間で妥当する請求権のように構成した）人権ないし基本権に置き換えて互いの武器を強化しようとすることは、当事者としては自然であろう。

しかしながら、憲法の人権規定は、私人に直接に請求権を付与するものでもなく、その原型的な権利をなすものでもない。人権規定は、立法者に対して人権制約立法を授権するものにすぎない。

（2）憲法22条の公共の福祉は民法90条の公序良俗に何を授権しているのか？

憲法22条1項は、すでに繰り返し述べたように、民法を含む法律の立法者に対して、営業の自由ないし契約自由を公共の福祉に適合するように制約する権限を授権している。それを受けて民法90条は公序良俗に反する契約を無効であると規定した。この民法90条自身が、今度は民事裁判官に公序良俗の解釈権限を授権した。

問題は、この民法90条の公序良俗が、憲法22条の営業の自由に内在する「公共の福祉」の法律レベルでの具体化であり、したがって営業の自由ないし契約自由に内在するかぎりでの「公序良俗」として民事裁判官に授権

されているのか、それとももっと広く憲法上の人権規定全体から同22条の「公共の福祉」は解釈されるべきであり、民法90条に対しても契約自由以外の異質な人権価値が憲法22条の授権のルートに乗かって注入されるのか、にかかっている。公序良俗が憲法22条の公共の福祉の具体化であるということは、必ずしも公序良俗が営業の自由に固有の制約原理（契約関係に内在する正義公平など）のみの具体化であることを意味するわけではないのである。

授権の縦糸は、営業の自由と思想の自由などが互いに平行に法律さらには裁判所や行政による適用行為へと降りてゆくだけであり、それらが交わり捻り合うということはない。この点だけに目を奪われると無効力説が帰結される。しかしながら、憲法上の営業の自由の制約権限の立法者に対する授権の内容は、営業の自由に固有の制約原理に限定されず、もっと広く憲法の他の人権規定の保障の内容によって影響を受けると考えるべきである。

なぜなら、個々の憲法上の人権保障は、すなわち公共の福祉によるその制約の権限を法律に授権することにその存在理由を有しているのだが、このことは決して、個々の人権規定を互いに無関係にバラバラに解釈すべきであるということを意味しないのである。

むしろ、法段階説の主唱者ケルゼンに従って根本規範を措定するかはともかく、通常理解に立つとしても憲法制定権力を背景として実定憲法は究極的には一つの体系をなしているはずであり、内容的な矛盾は授権の体系としては許されない。授権を受けて制定された法律が互いに矛盾するようなことになり、それぞれが最高法規たる憲法からの授権を掲げてその優劣が不明であるということになると、一般法／特別法、前法／後法といった形式的な偶然の違いで優劣を決めるほかなくなる。このような処理に比べれば、憲法レベルで人権相互間の体系的整序（この場合には人権規定を単なるそれぞれの授権規定として形式的に捉えるのではなく、いわゆる人

権価値として実質的に捉える必要があるが）を行うほうがはるかに優れていることはいうまでもない。

このように、憲法の体系的統一性をふまえて憲法22条の公共の福祉に他の人権規定（思想の自由や平等原則など）の前提をなす人権価値を読み込むことに成功すれば、営業の自由の制約の法律レベルでの具体化に際しても、営業の自由固有の制約以外の憲法的諸価値が反映されるべきことになる。こうした憲法的諸価値をすべて営業の自由の制約立法は適切に反映しなければならず、そうした包括的な授權を受けた民法制定者が「公序良俗」といった不確定概念でさらに民事裁判官に授權のバトンを渡す場合には、公序良俗の解釈に際して民事裁判官は契約自由以外の憲法的諸価値を織り込んだ解釈をしなければならない（間接適用説の立場に他ならないが）ことになるのである。

（3）間接適用説は憲法の体系的統一性からの必然的帰結である

間接適用説は、憲法22条から民法への授權（その結果が民法90条の公序良俗である）において、他の憲法的諸価値が反映されるべきであるという主張に他ならない。すなわち同説は、本来はタテの授權関係における授權の中身への他の憲法的価値からの影響（授權の縦糸はそれぞれの人権規定ごとに平行して交わらないが、授權の内容に他の規定からの影響が及ぶという意味での）を認める立場である。対するに無効力説は、すでに述べたように、営業の自由の規定から民法への授權の内容に、思想の自由など他の人権規定からの影響を一切認めない立場と云う。

このように授權という視角から私人間効力の問題を眺めると、私人間の紛争において民事裁判官が公序良俗を解釈適用する段階ではじめて人権の私人間適用が起こるのではない。すでに憲法レベルで個々の人権規定から立法者に対して制約立法が授權される段階で、その授權の内容に他の人権価値が波及的に影響を与えるのであり、それは憲法が法体系として統一し

た姿を維持するためには必然的な事態なのである。

また、このような他の人権価値による営業の自由への影響を一切遮断しようとする態度が無効力説に他ならない。こうしてみると、同説は憲法の統一性を破壊するものであり、授權という本稿の観点から私人間効力の問題を捉える場合に、およそ成立の機会を見ない説と言わざるを得ないのである。